

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

LUCAS DE PAULA LIMA

**FRACIONAMENTO DE LICITAÇÕES COMO UMA FORMA DE
FRAUDE**

**VOLTA REDONDA
2018**

**FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**FRACIONAMENTO DE LICITAÇÕES COMO UMA FORMA DE
FRAUDE**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do
UniFOA como requisito à obtenção do título de
bacharel em Direito.

Aluno:

Lucas de Paula Lima

Professor Orientador:

Benevenuto dos Santos

**VOLTA REDONDA
2018**



Fundação Oswaldo Aranha



FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

Fracionamento de licitação como uma fraude

Elaborado por Lucas de Paula Lima apresentado publicamente perante a Banca Avaliadora, como parte dos requisitos para conclusão do Curso de Direito.

Aprovada em 14 de NOVEMBRO de 2018

Banca Avaliadora:

Professor Orientador - Unifoa

Professor Avaliador - Unifoa

Professor Avaliador - Unifoa

Aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

A Jesus Cristo, amigo sempre presente, sem o qual nada teria feito.

Aos amigos, que sempre incentivaram meus sonhos e estiveram sempre ao meu lado.

Aos meus colegas de classe e demais formandos pela amizade e companheirismo que recebi.

Ao Prof.º Benevenuto Silva dos Santos, que me acompanhou, transmitindo-me tranquilidade.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de elucidar uma das formas com que a corrupção vem se desenvolvendo no país, qual seja, a fraude em licitação por meio de fracionamento. No primeiro capítulo, tem explora-se o instituto da improbidade administrativa, tema de suma importância, pois é por meio da Lei n. 8429/92 (norma que rege o tema) que o agente público considerado corrupto é punido e tem como eventuais sanções a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa etc. No segundo capítulo, estuda-se a licitação propriamente dita, analisando, portanto, a sua respectiva Lei, princípios, finalidade, modalidades, e casos de dispensa e inexigibilidade, a fim de que não haja dúvida sobre em que casos a sua realização é obrigatória. Por fim no terceiro capítulo, passa-se a investigação do fracionamento da licitação, isto é, a realização de vários procedimentos de pequeno valor, mas com mesmo objeto para que seja possível o manejo de manobras com o intuito de beneficiamento pessoal e de locupletação.

Palavras chaves: Corrupção; licitação; fracionamento; locupletação.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	10
2.1 Evolução Histórica.....	10
2.2 Aspectos Gerais.....	12
2.3 Conceito.....	14
2.4 Sujeitos.....	16
2.5 Condutas Tipificadas.....	20
2.6 Sanções.....	23
3 LICITAÇÃO.....	27
3.1 Aspectos Gerais.....	27
3.2 Conceito.....	27
3.3 Princípios.....	28
3.4 Disciplina Normativa.....	32
3.5 Destinatários da Regra Geral de Licitação.....	34
3.6 Casos de Dispensa e Inexigibilidade.....	37
3.7 Modalidades de Licitação Formadas pelo Preço.....	43
4 FRACIONAMENTO DE LICITAÇÃO.....	47
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	57
6 REFERÊNCIAS.....	59

1 INTRODUÇÃO

Com o progressivo aumento do debate sobre a corrupção no Brasil, o presente trabalho tem a pretensão a abordar tal tema, em pelo menos uma de suas perspectivas. Quando se ouve sobre o problema de “corrupção”, comumente o termo é interpretado de uma forma abstrata e genérica, bem como associada ao cenário político. Ocorre que pouco se discute, de fato, qual é a sua origem, de que forma se dá e quais são os seus *modus operandi*.

Nesse sentido, traz-se à baila o entendimento de que a corrupção pode se dar por diversas maneiras, uma vez que com a avanço das tecnologias e inovações dos tratos humanos, o desvio de verbas públicas e o enriquecimento sem causa são reformulados a cada dia com maiores precisões e encampações jurídicas.

Pois bem, dentre o amplo rol de atos ilícitos caracterizados como corruptivos, temos aqueles praticados dentro do âmbito das licitações públicas. Entretanto, para maior aprofundamento do assunto, dois institutos de cruciais importâncias serão também apresentados, quais sejam: a licitação pública e a improbidade administrativa.

Em suma, consoante maiores observações adiante, a licitação consiste em um procedimento administrativo pelo qual o Poder Público fica vinculado a exercitá-lo sempre que houver a vontade e a necessidade de realizar contratações de obras ou serviços, conforme apregoa a Lei n. 8.666/93.

Em seguida, é estudado o tema improbidade administrativa. Malfeitorias na seara da Administração Pública são tipificada pela Lei n. 8429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), que elenca quais atos podem ser considerados ilegais.

Vejamos isso, por exemplo, de acordo com o seu artigo 9º “constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei”.

Observa-se assim que tanto a licitação, quanto a improbidade administrativa são temas necessários para a correta conclusão sobre eventos de fracionamento de

licitação como forma de fraude, visto que o referido fracionamento acarreta a própria improbidade em uma de suas modalidades.

Portanto, a finalidade deste trabalho será demonstrar como o fracionamento de licitações tem sido utilizado para o aferimento de enriquecimento ilícito ou cometimento de outras ilegalidades, pois, por vezes, em Estados e Municípios têm sido verificado que os responsáveis por contratações tem dividido um mesmo objeto contratual em diversas partes pequenas, a fim de que possam usar modalidades mais simples, e, assim, manipulando resultados.

2 A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

2.1 Evolução Histórica

Registe-se inicialmente que a descrição do tema “Improbidade Administrativa” dentro do capítulo da Administração Pública pela CRFB/88 foi uma inovação. Para Di Pietro (2017) apesar de sua ideia embrionária ter surgido na década de 40, nunca houve, por Carta Política pretérita, tratativa expressa desse conteúdo de maneira diretamente relacionada com a Administração Pública, cabendo, naquela época, a melhor normatização por normas infralegais.

Em 1941, por meio do Decreto-lei n. 3.240, as pessoas indiciadas por prática de danos à Fazenda Pública se sujeitavam ao sequestro de bens. Por essa norma, a perda de bens constituía efeito de condenação criminal. Em 1946, a Constituição em seu artigo 141, §31 veio indicando que “a lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”.

Com efeito, foi publicada a Lei n. 3.164/57 (Lei Pitombo-Godói Ilha). Sendo importante destacar o seguinte. Para Di Pietro (2017), superada a Constituição de 1941, os danos contra a Fazenda Pública deixaram de possuir repercussão penal, ou seja, houve, em um primeiro momento, a autonomia das esferas, pois nas palavras do artigo 1º da Lei Pitombo “são sujeitos a sequestro e à sua perda em favor da Fazenda Pública os bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprêgo em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha aquêle incorrido”.

E ainda, naquela época, tanto o Ministério Público, quanto qualquer um do povo passaram a poder promover ações em busca da conservação do patrimônio público, no âmbito cível, por isso Di Pietro (2017, p. 1073) afirma “estava muito claro que se tratava de sanção de natureza civil, já que aplicada independentemente da responsabilidade criminal e mesmo que ocorresse a extinção da ação penal ou a absolvição do réu”.

Verifica-se aqui a intenção de o legislador de abranger a forma de controle exercida sobre a atividade de agentes estatais. Em sequência, sem sobrepor a Lei n. 3.164/57, foi promulgada a Lei n. 3.502/58, cuja finalidade foi regular o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito de agentes que se valessem de suas funções de relevância pública.

Nesse sentido, elenca Maria Sylvia Zanella Di Pietro, as maiores inovações trazidas pelo referido diploma:

As principais inovações dessa lei foram:(a) deixou claro que o sequestro e a perda de bens são aplicáveis ao servidor público e ao dirigente ou empregado de autarquia; (b) considerou como servidor público todas as pessoas que exercessem, na União, nos Estados, nos Territórios, no Distrito Federal e nos Municípios, quaisquer cargos, funções ou empregos, civis ou militares, nos órgãos dos três Poderes do Estado; (c) equiparou a dirigente de autarquia o dirigente ou empregado de sociedade de economia mista, de fundação instituída pelo Poder Público, de empresa incorporada ao patrimônio público, ou de entidade que receba e aplique contribuições parafiscais; (d) definiu, nos artigos 2o, 3o e 4o, os casos de enriquecimento ilícito para os fins da lei; (e) deu legitimidade ativa para pleitear o sequestro e a perda de bens, a União, Estados, Municípios, Distrito Federal, entidades que recebem e aplicam contribuições parafiscais, sociedades de economia mista, fundações e autarquias; (f) em caso de essas entidades não promoverem a ação, qualquer cidadão poderia fazê-lo, hipótese em que a pessoa jurídica interessada devia ser citada para integrar o contraditório na qualidade de litisconsorte da parte autora; (g) deixou claro que o sequestro é medida acautelatória que deveria ser seguida da ação principal, cujo objeto era a perda dos bens sequestrados em favor da pessoa jurídica autora ou litisconsorte, além do ressarcimento integral de perdas e danos sofridos pela entidade (DI PIETRO, 2017, p. 1074).

Na Constituição de 1967, o artigo 150, § 11, que passou a ser o artigo 153, § 11, com a Emenda Constitucional n. 1/69 (ressalta-se que para parte da doutrina tal emenda era, em verdade, uma nova Constituição) estabelecia que “a lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública”.

Típico de um regime totalitário pelo qual foi atingido o Brasil, entre 1964 e 1985, além da hipótese já conhecida de perdimento de bens decretada pela autoridade judiciária, com a vinda o Ato Institucional n. 5, ainda no curso da investigação, através de ato do Presidente da República, era cabível o manejo de confisco a todos que supostamente teriam se enriquecido ilicitamente (o confisco era regulado pelo Ato Complementar n. 42/69, bem como pelo Decreto-lei n. 359/68). Ressalta-se ainda que essa medida confiscatória não se sujeitava ao controle

judicial e nem mesmo necessitava de algum processo possibilitando o contraditório e ampla defesa (Di Pietro 2017).

Por fim, chegando finalmente à Constituição Federal atual, como bem aludido no início do tópico, no Capítulo VII “Da Administração Pública”, o seu artigo 37, § 4º dispôs expressamente “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Para encerrar, cabe elencar duas breves considerações: Primeira, para Di Pietro (2017) a CRFB/88 inovou ao mencionar o termo “improbidade administrativa”, pois até então punia-se tão somente aos atos de enriquecimento ilícito e como sabe-se o referido termo também abrange atos como de lesão ao patrimônio público e ofensa aos princípios da administração pública. Segunda, o art. 37, § 4º, não tinha eficácia plena, o que acarretou um óbice a sua eficácia integral até o ano de 1992, momento em que foi promulgada a Lei n. 8429 (Lei de Improbidade Administrativa). Antes disso, só era possível punir os atos de enriquecimento ilícito, na forma das Leis n. 3.164/57 e 3.502/58, as quais ainda não tinham sido revogadas.

2.2 Aspectos Gerais

Comumente ao dar início aos estudos do tema de Improbidade Administrativa busca-se dar conceituação ao termo “probidade”, tendo em vista que a partir disso é possível impelir com maior clareza o que é de fato a improbidade e qual a finalidade da Lei n.8429/92. Em mesma intensidade, existe certo esforço para esmiuçar a definição de “moralidade” e uma possível distinção com a palavra em referência no início.

A rigor, em que pese considerações contrárias, ambas expressões significam a mesma coisa e estão intimamente ligadas à ideia de honestidade.

Nesse sentido, Carvalho Filho afirma:

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não

só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto (2017, p. 49)

E em continuação, ratifica:

Dever de probidade é o primeiro e talvez o mais importante dos deveres do administrador público. Sua atuação deve, em qualquer hipótese, pautar-se pelos princípios da honestidade e moralidade, quer em face dos administrados, quer em face da própria Administração (2017, p. 75)

Portanto, quando o artigo 37, caput e § 4, cita tais expressões, quer dizer que exige que além de o agente público respeite a legalidade, também deva agir norteado pelo espírito do zelo com coisa pública, pela boa-fé e com qualquer outro instituto de presença reputada essencial no seu estado anímico.

Vale dizer que, para Di Pietro (2017) embora a ideia passada por tais termos seja a mesma, a Constituição Federal as emprega em momentos distintos, isso porque a alusão à moralidade é repassada na forma de princípio com signo abstrato e a probidade quando já ocorrida a sua violação, portanto, havendo uso direto da palavra improbidade.

A inclusão do princípio da moralidade foi uma verdadeira inovação implantada pela Carta Magna, pois embora sempre se depreendesse a sua existência, bem como o grau de sua relevância em cada conduta de agentes públicos e da Administração Pública, nunca houve expressa menção pelas Constituições anteriores. Pode-se afirmar que tal marco foi mais uma tentativa de fortalecer o combate aos reiterados casos de corrupção, posturas antiéticas e sentimento de impunidade dentro do setor público.

Historicamente o Brasil vivencia em seu cotidiano tanto casos de corrupção sistêmica (presente nos atos de gestão do Poder Público), quanto casos de corrupção endêmica (caracterizada por se situar em uma camada mais profunda da sociedade, ou seja, dentro de atitude dos próprios administrados, os quais cometem pequenos delitos por meio do sentimento de “tirar vantagem”). Por isso, se faz necessário que a ideia de moralidade seja enaltecida, a fim de que progressivamente esse princípio ganhe maior aplicabilidade.

A sua menção no bojo da Carta Política possui importância ímpar, visto que, assim, nasce a possibilidade de tal princípio se valer da força do “sentimento

constitucional”, e ser difundido na comunidade com maior expressão, que nas palavras de Luís Roberto Barroso significa

O resultado último do entranhamento da Lei Maior na vivência diária dos cidadãos, criando uma consciência comunitária de respeito e preservação da Constituição como um símbolo superior de valor afetivo e pragmático (BARROSO, 1993, p. 41).

2.3 Conceito

Por improbidade administrativa, depreendem-se conceitos relacionados com atitude que vão de encontro com a probidade (conforme conceito já estudado). Isto quer dizer, portanto, que a finalidade central é a retaliação de condutas imorais e de má gestão eventualmente existentes dentro da Administração Pública (como bem apresentado no tópico anterior).

Com efeito, sabendo que a Lei de Improbidade Administrativa – LIA visa, especialmente, resguardar a administração pública, ela se aplica principalmente aos agentes públicos, uma vez que estes são indivíduos diretamente encarregados de se relacionarem e zelarem pela coisa pública.

Nessa linha de raciocínio, para Mazza:

Os agentes públicos podem praticar, no exercício das funções estatais, condutas violadoras do Direito, capazes de sujeitá-los à aplicação das mais diversas formas de punição. Se o comportamento causar prejuízo patrimonial, pode ser proposta uma ação civil visando a reparação do dano. Sendo praticada conduta tipificada como crime, instaura-se um processo penal tendente à aplicação de sanções restritivas da liberdade. Já na hipótese de infração de natureza funcional, o Poder Público poderá instaurar um processo administrativo que, em caso de condenação do agente, resulta na fixação de sanções relacionadas ao cargo público, como advertência, suspensão e até demissão do servidor (MAZZA, 2016, p. 917).

Assim, sempre que a referida lei tiver de ser aplicada, obrigatoriamente deverá de existir alguma pessoa que possua vínculo com o poder público, pois sem tais indivíduos, se torna impossível a pratica dos tipos descritos como infração.

Inclusive, sem deixar margem para dúvidas, são categóricos os artigos 1º, 2º e 3º da Lei n. 8429/92 ao afirmarem:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de

qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Portanto, fica claro, pela breve explanação, que a norma em estudo tem como finalidade central a preservação das entidades públicas e órgãos públicos e, mais precisamente, a fiscalização da atuação dos agentes públicos, uma vez que estes são os sujeitos que possuem maior grau de relacionamento com a Administração Pública.

A saber, a sociedade, em geral, vulgarmente confunde a espécie da norma ora descrita. Muitas vezes entende ser uma lei que traz consigo disposições de cunho penal, talvez, por motivos de, na maioria das vezes, as condutas tipificadas serem relacionadas com ações de corrupção, desvio de dinheiro e condutas afins.

Entretanto, faz-se agora as seguintes distinções. Para Mazza (2016) se um comportamento implica prejuízo patrimonial, eventualmente se propõe uma ação civil de reparação. Sendo praticada conduta classificada como crime, instauração algum procedimento de investigação para o início da persecução penal. E ainda, na hipótese de infração de natureza funcional, o próprio Poder Público instaura processo administrativo a fim de que seja apurada a ilegalidade do ato, podendo ser fixada, no futuro, sanção de advertência, suspensão ou até demissão (relembre-se que esta possui natureza jurídica da exoneração).

Um olhar mais atento, percebe que com os exemplos citados acima, foram citadas as três esferas de responsabilidade tradicionalmente conhecidas e estudadas.

Ocorre que é possível identificar um quarto instituto de responsabilização cuja origem advém da decorrência da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa,

uma vez que não é possível admitir que a sanção por ela elencada tenha cunho estritamente civil, administrativo ou penal. Com efeito, afirma Mazza:

A par das repercussões civil, penal e administrativa, é possível identificar uma quarta esfera de responsabilização do agente público em decorrência de condutas praticadas no exercício de suas funções, a saber: aquela decorrente da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) – Lei n. 8.429/92. Como a aplicação das sanções decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa ocorre em processo judicial autônomo em relação às demais esferas de responsabilização, a doutrina afirma que a apuração do ato de improbidade independe do resultado nos processos civil, penal e administrativo. Isso porque, em regra, as diferentes instâncias punitivas são independentes entre si, de modo que o resultado em uma independe das demais (2016, p. 917).

Nesse sentido, não é um equívoco admitir que infringida uma das normas esculpidas nos artigos 9º, 10, 10-A e 11 da LIA, o agente poderá ser responsabilizado em quatro esferas distintas e autônomas, sem que isto configure *bis in idem*.

Por derradeiro, vale refutar mais uma vez a distinção entre a LIA e as condutas tipificadas penalmente. Pelo fato de a Lei de Improbidade tratar de assuntos ligados às condutas maliciosas dentro da Administração Pública, e por esse assunto estar em ascensão no debate nacional por se relacionar ou até mesmo confundir com escândalos de corrupção, existe grande estigma.

Contudo, em que pese o descontentamento de alguns, as condutas descritas atualmente no Código Penal são perfeitamente suficientes para perquirir e punir todos aqueles destituídos de boa-fé que causam mazelas irreparáveis a sociedade brasileira, não havendo necessidade de confusão sobre as esferas.

2.4 Sujeitos

Para Marcelo Alexandre e Vicente Paulo (2017) ainda que se fale sobre uma quarta esfera de punição, os institutos da investigação e do processo (o que inclui a garantia ao contraditório) são os mesmo, ou seja, haverá os sujeitos passivos (aqueles que cometeram o ilícito), os ativos (entidade lesada ou órgão constitucionalmente incumbido de promover a Ação Civil Pública) e, na fase judicial, o Poder Judiciário com o encargo de decidir o deslinde da causa, conforme apregoa o artigo 5º, inciso XXXV da Carta Magna:

Bem é assim, que no que tange ao polo ativo, também para Rafael Carvalho Rezende (2015), “a legitimidade para a propositura da ação de improbidade administrativa é reconhecida ao Ministério Público e à pessoa jurídica interessada, na forma do art. 17 da Lei 8429/1992”.

Na prática se torna mais usual vislumbrar o *parquet* no polo ativo da Ação Civil Pública, tendo em vista que, em muitos casos, este órgão possui melhor estrutura para iniciar uma investigação, bem como para atuar junto ao Poder Judiciário.

Contudo, mesmo que excepcionalmente, o Ministério Público não seja o autor da demanda, haverá a necessidade de que atue como *custus legis*, na forma do art. 17, § 4.º, da Lei 8.429/1992.

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 4º O Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade.

Ademais, insta salientar, conforme leciona Rafael Carvalho Rezende (2018) que mesmo quando na posição de *custus legis*, caso ocorra a desistência pela parte autora, o órgão ministerial poderá, por meio de sucessão processual, assumir a autoria da ação, nesse caso será aplicado analogicamente o art. 9º da Lei 4.717/1965 (Lei de Ação Popular) e art. 5º, § 3 da mesma disposição.

Quanto às pessoas jurídicas interessadas (mencionada no início do tópico), a luz do art. 1º, caput e parágrafo único da LIA, podem ser diversas entidades, as quais, em suma, possuam a totalidade ou parcela de seus bens formados por patrimônio público. Ainda nos valendo de Rafael Carvalho Rezende (2018) a título de exemplo, podem ser elas: entidades da Administração Pública Direta e Indireta, empresas incorporadas ao patrimônio público, entidades criadas ou custeadas com recursos do erário, entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público.

Superada eventual dúvida sobre a legitimidade ativa na Ação de Improbidade, passa-se ao estudo dos sujeitos passivos. A legitimidade passiva está diretamente ligada a autoria do ato que implicou enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou ofensa

aos princípios da Administração Pública. Com efeito, para que um dos três tipos sejam cometidos é necessária a interligação entre o ato, dano e algum dos sujeitos do art. 1º, caput. Caso não haja interligação, o ato poderá até ser considerado ilícito, mas não suficiente para configuração de improbidade administrativa.

Fazendo paralelismo aos conceitos empregados no Direito Penal, é possível dizer que os atos de improbidade são “crimes próprios”, uma vez que necessariamente o autor do fato precisa angariar o status de agente.

Quando o art. 1º, caput, faz referência ao termo “agente público” deve-se entender em sua maior amplitude, incluindo servidores estatutários, empregados públicos celetistas, agentes políticos, contratados temporários e particulares em colaboração com a Administração (como, por exemplo, mesários e jurados). Assim, mais precisamente afirma Carvalho Filho:

No sistema adotado pela Lei de Improbidade, podem identificar-se dois grupos de sujeitos ativos: (1o) os agentes públicos; (2o) terceiros. Para melhor enfoque, cada um desses grupos será analisado separadamente a seguir.

A noção conceitual de *agentes públicos* é delineada no art. 2o da Lei no 8.429/1992. Diga-se, preliminarmente, que, como expressa o próprio dispositivo, a noção serve “*para os efeitos desta lei*”, o que significa que poderá não ser (e, de fato, não o é) adequada para enfoques diversos. De qualquer modo, é justo reconhecer que a fisionomia conceitual tem bastante amplitude, além de serem seus termos básicos os adotados, como regra, no estudo sobre os agentes do Estado.

Segundo o dispositivo, agente público é ‘todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior’ (2017, p. 601).

O exposto acima fica com a sua compreensão ainda mais simples, porquanto, embora na maioria das vezes os conceitos jurídicos fiquem a cargo da doutrina, nessa hipótese a própria norma trouxe o sentido da palavra, vide art. 2º:

Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Ainda assim, ampliando o espectro de atuação da Lei, o art. 3º estendeu as penas previstas àquele que, mesmo não possuindo status de agente público, “induza” ou “concorra” para o ato de improbidade, ou, pelo menos, se beneficie

direta ou indiretamente. Observa-se aqui a necessidade de que a norma tem de buscar punir todos sujeitos envolvidos no ato.

Atente-se que o particular sozinho não comete ato de improbidade, pois, como já dito, é um “crime próprio”. Nesse sentido, segue o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, exarado por meio do Resp. 1155992/STJ:

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RÉU PARTICULAR. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO CONJUNTA DE AGENTE PÚBLICO NO PÓLO PASSIVO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os arts. 1º e 3º da Lei 8.429/92 são expressos ao prever a responsabilização de todos, agentes públicos ou não, que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma, direta ou indireta. 2. Não figurando no pólo passivo qualquer agente público, não há como o particular figurar sozinho como réu em Ação de Improbidade Administrativa. 3. Nesse quadro legal, não se abre ao Parquet a via da Lei da Improbidade Administrativa. Resta-lhe, diante dos fortes indícios de fraude nos negócios jurídicos da empresa com a Administração Federal, ingressar com Ação Civil Pública comum, visando ao ressarcimento dos eventuais prejuízos causados ao patrimônio público, tanto mais porque o STJ tem jurisprudência pacífica sobre a imprescritibilidade desse tipo de dano. 4. Recurso Especial não provido.

Por fim, como o tema da presente dissertação é o fracionamento de licitações e, na maioria das vezes, os malfeitores são agentes políticos, na qualidade de ordenadores de despesas, cabe destacar a controvérsia que pairava sobre a aplicabilidade ou não da LIA a tais pessoas, como bem assinala Rafael Carvalho de Rezende Oliveira.

Primeiro entendimento: os agentes políticos respondem por ato de improbidade administrativa, entretanto sob a égide da lei que versar sobre o crime de responsabilidade, pois a Constituição teria dispensado dois tratamentos distintos. Um para os agentes públicos, em geral, nos termos do art. 37, § 4º da CRFB/88, regulamentado pela Lei n. 8429/92. Outro para agentes políticos cuja submissão se dá às regras específicas do crime de responsabilidade, na forma dos arts. 52, I, 85, V, e 102, I, “c”, regulamentados pela Lei n. 1.079/50, pelo Decreto-lei 201/67 e pela Lei 7.106/83 (o STF acolheu esse entendimento quando do julgamento da Reclamação 2.138/DF).

Segundo entendimento: os agentes políticos respondem por improbidade administrativa e, sem que configure *bis in idem*, podem ser aplicadas as disposições

da Lei n. 8429/92, bem como da pela Lei n. 1.079/50, pelo Decreto-lei 201/67 e pela Lei 7.106/83. Nesse sentido, decidiu a Corte Especial do STJ.

Terceiro entendimento: os agentes políticos estão sujeitos à Lei n. 8429/92, quando praticado atos de improbidade administrativa, e se constatado infração de natureza política dá-se a vez para o processo de crime de responsabilidade.

Nesta última linha de pensamento, segue Rafael Carvalho Rezende de Oliveira afirmando:

O terceiro entendimento parece ser o mais adequado. Não há que falar em imunidade do agente político à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico demonstra que a intenção do legislador constituinte foi estabelecer regras especiais para os agentes políticos que cometerem atos de improbidade/crimes de responsabilidade em relação exclusivamente à aplicação de sanções políticas (perda do cargo e inabilitação temporária para o exercício de função pública), mas não no tocante às demais sanções que não possuem caráter político e que estão previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992 (OLIVEIRA, 2018, p. 905).

2.5 Condutas Tipificadas

Na Lei n. 8429/92 são descritas, em seções apartadas, as condutas recriminadas/proibidas. Em seu texto originário havia três modalidades, no entanto, como assinala Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2017), com a vinda a Lei Complementar n. 157/2016 passou-se a ter a quarta categoria, alocada no artigo 10-A.

Nesse sentido, o artigo 9º colige os atos de visam o enriquecimento ilícito, o artigo 10 que importam lesão ao erário público, o artigo 10-A sendo os atos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário, e, por fim, o artigo 11 que atentam contra os princípios da administração pública. Trata-se isso de interpretação linguística da própria da Lei n. 8429/92.

Para Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2017), a referida carta normativa emprega a técnica de uso de conceito com posterior exemplificação. Isto quer dizer que os artigos 9º, 10, 10-A e 11 trazem em seu caput as definições da categoria em comento e em seguida as enumera, exemplificativamente, com ressalva do artigo 10-A que não traz hipóteses. Desta feita, considerando o rol extenso de exemplos

dados, torna-se oportuno tão somente o entendimento da definição legal (suficiente para o aprofundamento do tema).

De enriquecimento ilícito, extrai-se a ideia de que é todo e qualquer ato capaz de proporcionar aumento patrimonial dos agentes envolvidos, em detrimento da coisa pública. Assim, quando vislumbrados os verbos que passem a perspectiva relacionadas a ideia de receber, perceber, adquirir, incorporar estaremos diante de tais atos.

Noutro giro, ao se falar em danos ao erário, é primordial, antes de tudo, que seja esclarecido que não há obrigatoriamente a necessidade de que o agente esteja envolvido na prática do ato se beneficiamento monetário. Tão nítida a asserção que é, por esse motivo, ser o dano ao erário a única modalidade que aceita a subsunção da norma ao fato, por conduta omissiva, com dolo ou culpa (vide artigo 10, caput). Sendo uma das condutas mais fáceis de serem configuradas, deve o agente público tomar cuidado em dobro e para isso ter trato com a coisa pública.

Ainda nos termos do artigo 10-A, incluído pela Lei Complementar 157/2016, constituirá ato de improbidade administrativa qualquer comportamento que acarrete concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário, bem como aplicação ou manutenção de benefício dessa natureza contrário ao que dispõem o caput e o § 1º, do art. 8º-A da Lei Complementar n. 116/03.

Sabendo que de início a disposição pode ser de difícil compreensão, afirma com precisão Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo.

A LC 116/2003 veicula normas gerais acerca do imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN), de competência dos municípios e do Distrito Federal. O caput do seu art. 8º-A estabelece para o ISSQN a alíquota mínima de dois por cento. E o § 1º desse artigo proíbe a concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, sob qualquer forma, que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da referida alíquota mínima de dois por cento, exceto para determinados serviços na própria LC 116/2003 discriminados. Pois bem, o art. 10-A da Lei 8.429/1992 tem a finalidade evidente de robustecer essa proibição, enquadrando a sua violação como ato de improbidade administrativa (MARCELO ALEXANDRINO E VICENTE PAULO, 2017, p. 1061).

Por derradeiro, configura ato de improbidade administrativa que ofenda aos princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que afronte ou transgrida os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

Certifique-se, somente, é sabido que os princípios da Administração Pública não só aqueles exemplificados no caput do artigo 11, da lei 8429/92, mas também esculpidos no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil. Com esse ponto de vista, ao percorrer o caminho da análise subjetiva e objetiva do caso concreto, o intérprete e todo e qualquer aplicador da lei de improbidade, terá a responsabilidade e o encargo de exercitar a análise concomitante das legislações supramencionadas.

Note-se que a norma possui aplicação ampla, pois ao relacionar como tipificação o possível desrespeito aos princípios administrativos, acaba abrangendo diversas abstrações em que mesmo não se comprovando efetivo enriquecimento, ou mesmo dano apartável e considerável, por questões de honra objetiva do Poder Público ou desrespeito de formalidades e maneiras de agir consideradas primordiais para a manutenção da ordem pública e segurança jurídica de coisas e pessoas, o agente precisa de ser punido e corrigido, na gradação a ser auferida, *in casu*.

Em resumo, todas as tipificações possuem mera natureza ilustrativa, visto que a finalidade do legislador infraconstitucional é de não restringir o alcance da lei, mas sim de estende-la ao máximo, numa visão pró estado. Assim devemos sim conhecer os verbos que remetem à “legislação fria”, mas, mais do que isso, sempre atentarmos-nos a sua *ratio*.

Mero adendo, é preciso que os incisos relacionados aos caputs das normas incriminadoras sejam meramente exemplificativos, e não taxativos, pois a todo momento o legislador infraconstitucional possuiu a intenção de retalhar ao máximo as condutas destituídas de boa-fé e maculadas, as quais causam prejuízos irreparáveis ao governo, de forma imediata, e a toda sociedade brasileira, mediatamente.

Pactuar com a tese de que tais descrições seriam taxativas retiraria a finalidade originária da lei, a destituindo de amplitude extensa, a qual nos dias atuais

são absolutamente primordiais, bem como faria com que aquela norma nunca alcançasse a sua finalidade máxima, implicando, por conseguinte, virassem letras mortas.

2.6 Sanções

As consequências decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa possuem tanto assento constitucional, quanto infraconstitucional. Pelo artigo 37, § 4º da CRFB/88, os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma de gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (DI PIETRO, 2017).

Atente-se que a Carta Magna não usa propriamente o termo “pena”, isso porque, de fato, nem todas consequências tem natureza de punição. É o caso, por exemplo, da indisponibilidade de bens, que nada mais é do que uma medida preventiva para que ao final do processo a fazenda pública consiga satisfazer a sua execução e o sucumbente não possa dilapidar o patrimônio antes disso. Ademais, também se vislumbra natureza diversa da de pena o ressarcimento ao erário cuja finalidade é simplesmente promover a reparação do dano causado (DI PIETRO, 2017).

Sobre esta última medida diversa de pena, ainda cabe destacar as palavras da eminente Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Quanto ao ressarcimento do dano, constitui uma forma de recompor o patrimônio lesado.

Seria cabível, ainda que não previsto na Constituição, já que decorre do artigo 159 do Código Civil de 1916, que consagrou, no direito positivo, o princípio geral de direito segundo o qual quem quer que cause dano a outrem é obrigado a repará-lo. A norma repete-se no artigo 186 do novo Código Civil, com o acréscimo de menção expressa ao dano moral.

Por isso mesmo, só é cabível o ressarcimento se do ato de improbidade resultou prejuízo para o erário ou para o patrimônio público (entendido em sentido amplo). Onde não existe prejuízo, não se pode falar em ressarcimento, sob pena de enriquecimento ilícito por parte do Poder Público. Essa conclusão decorre de norma expressa da lei, contida no artigo 5o, segundo o qual “ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano (DI PIETRO, 2017, p. 1093)

Já em sede infraconstitucional, mais precisamente da Lei n. 8429/92, em seu artigo 12, e incisos I, II e III são relacionadas as sanções a serem aplicadas quando uma vez subsumidas as condutas às tipificações enumeradas anteriormente, quais sejam: 9º (enriquecimento ilícito), 10 (danos ao erário) e 11 (contra os princípios da administração pública).

Nesse sentido, além da repetição do art. 37 § 4º, são expostas as seguintes sanções a saber: a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio (quando constatado o enriquecimento ilícito), a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa da qual seja sócio majoritário.

Cumprido destacar que sobre possível antinomia na aplicação de normas (pois a Lei de Improbidade foi além das penas previstas na CRFB/88), afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p.1094) “Essa ampliação das medidas cabíveis não constitui infringência à norma constitucional. Essa estabeleceu algumas medidas possíveis, mas não limitou a competência do legislador para estabelecer outras”.

Em continuação, é interessante notar que a dosimetria aplicada para cada infração se vale de um critério político, uma vez que o legislador por uma análise filosófica, sociológica e política da gravidade particular de cada ato, faz uma relação de gradação de penas (DI PIETRO, 2017).

Assim, por exemplo, pelo fato de o enriquecimento ilícito ser tido como mais grave de que o de danos ao erário, as suas prescrições são mais gravosas do que a desse último. Enquanto o sujeito condenado por danos ao erário tem a obrigação de pagar até duas vezes o valor do dano causado, aquele que sentenciado por enriquecimento ilícito terá de pagar até três vezes, também em referência ao valor do dano causado (MAZZA, 2016).

Lembre-se que no que tange ao enriquecimento ilícito, a pena de multa tem como aplicação acessória, ou seja, é paga em apartado sobre o patrimônio lícito do agente ímprobo, pois o valor obtido ilicitamente precisa ser devolvido em sua integralidade, pelo simples fato de nunca ter sido parte efetiva do patrimônio do indivíduo. A ideia sobre a devolução do patrimônio ilícito é tão somente promover a reposição do *status quo ante* (DI PIETRO, 2017).

No artigo 12, inciso III, referente às sanções de violação de princípios, note que a sistemática é diferente, uma vez que a previsão de pagamento de multa civil e de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente. Em que pese a discrepância dos números relacionados ao pagamento de multa, a de se consentir que existe um fundamento comum lógico.

Em regra, quando ultrajado algum princípio, não há de plano a constatação de efetivo dano pecuniário a ser aferido, pois o agente apenas ao agir ou deixar de agir terá violado algum valor considerado fundamental, assim, por exemplo, muita das vezes, se determinado funcionário público deixar de dar publicidade a algum ato administrativo, o mesmo poderá estar cometendo crime de improbidade, sem necessariamente causar prejuízo aos cofres público.

Com efeito, esse o agente também arcará com sanção pecuniária, entretanto tomando como base a remuneração do servidor (única forma de se chegar a um patamar exequível). Além disso, colocou-se a margem de até cem vezes no valor da remuneração do servidor, tendo em vista que assim, o magistrado ao prolatar sentença terá discricionariedade suficiente para adequar a norma à casuísta, dentro dos limites que lhe reputarem ser razoável.

Por derradeiro, é perfeitamente possível que um comportamento comissivo ou omissivo se enquadre ao mesmo tempo nos três tipos de improbidade administrativas. Não se pode conceber que um ato que promova o enriquecimento ilícito às custas do erário público ou que cause dano patrimonial não afete ao mesmo tempo os princípios da Administração, especialmente o da legalidade. Nessa linha de raciocínio, pode-se até inferir a natureza subsidiária da tipificação do artigo 11, já que sempre estará em conjunto com as outras

Por isso, a doutrina sempre afirmou ser razoável a cumulação de sanções das penas previstas no art. 12 da lei. Fundamento está no entendimento de que um ato que afeta diversos valores diferentes, como, por exemplo, o patrimônio econômico-financeiro, moralidade e interesse público deve sofrer todas retaliações correspondentes, sob pena de se privilegiar uma ação ou omissão maculada (DI PIETRO, 2017).

De qualquer forma, tal discussão se tornou obsoleta, uma vez que com a entrada em vigor da Lei n. 12.120/59, que deu nova redação ao artigo 12 da lei de improbidade, passou a haver expressa menção da possibilidade de aplicação de sanção isolada ou cumulativa. Trata-se de mais um critério a ser utilizado pelo magistrado na hora da fixação da pena, sob a interpretação a ser no que tange a extensão do dano causado.

3 LICITAÇÃO

3.1 Aspectos Gerais

Primeiramente, para que se estabeleça de forma ampla e segura como e porque a lei de improbidade pode/deve ser aplicada quando houver flagrante desrespeito às normas de licitação, é necessário, antes de tudo, explorar o instituto da dita licitação.

A administração pública como já visto, exerce função multifária e complexa, sempre voltada para o interesse público. Para que ela possa exaurir essa função, precisa de desenvolver atividades como a de prestação de serviço (afim de proporcionar algum tipo de comodidade aos administrados), realizar obras ou fornecer bens (CARVALHO FILHO, 2017).

Seja qual for o ofício a ser desempenhado pelo Poder Público, ele, na maioria das vezes, como é possível verificar a sistemática atual do exercício estatal, precisará de firmar contratos com particulares, a fim de que haja descentralização das funções, e, com isso, maior eficiência.

No entanto, por se tratarem de tarefas tipicamente públicas, não poderia deixar o constituinte, bem como o legislador, que aquelas relações jurídicas firmadas entre ente público e particulares ficassem a margem da boa-fé e análise subjetiva de “bom negócio” do ordenador de despesas.

Em última análise, essa margem poderia configurar liberdade para escolhas impróprias amparadas por interesses de administradores públicos inescrupulosos e particulares que visam estritamente o lucro (CARVALHO FILHO, 2017).

3.2 Conceito

Para que se estabeleça com precisão o conceito de qualquer instituto jurídico, é necessário antes de tudo que se ache a natureza jurídica do objeto a ser estudado.

Assim, com o apoio de Carvalho Filho (2017), pode-se afirmar que a licitação consiste num procedimento administrativo vinculado, elencado na Lei Nacional n. 8666/93, cujo seu principal objetivo é dissertar sobre quais formalidades e condições as entidades estatais e a ela vinculadas devem se valer quando forem adquirir bens, serviços ou praticar alienações, a fim de que se alcance a proposta mais vantajosa e seja respeitada a isonomia entre os disputantes. Por isso, é instância que precede o próprio contrato, uma vez que seu intento é buscar pelo contrato mais vantajoso.

Importante ter-se em mente a ideia correta do que significa “procedimento administrativo vinculado”. Procedimento, porque é um conjunto concatenado de atos, no qual o ato anterior é fundamento do posterior, e de forma lógica e conexa fazem que a autoridade, a qual o impulsiona chegue a uma decisão final (declaração do proponente vencedor). Administrativo, porque tramita no âmbito administrativo e não judicial. E, por fim, vinculado pelo simples fato de que, fora alguns casos, a autoridade pública está obrigada a dar início a este fenômeno toda vez que pretender adquirir bem ou serviço, bem como terá de respeitar todas formalidades inerentes ao instituto (artigo 41 da Lei n. 8.666/93).

E aliás, vale ratificar que seus fundamentos são a busca pela oferta mais vantajosa, bem como a garantia de igualdade entre os concorrentes que pretendem, futuramente, contratar com a administração pública.

3.3 Princípios

A licitação tem como um de seus escopos principais a garantia da atuação impessoal, por todos aqueles que estiverem representando o Estado, especialmente, a autoridade administrativa ou ordenador de despesa que estará a frente do procedimento.

Durante anos, não seria exagero falar que nos primórdios da instituição do Brasil, que a coisa pública sempre foi confundida com o patrimônio pessoal do detentor do poder e, assim, por longo período, houve restrição à publicidade dos atos de governo. Monarcas, políticos, chefes de governos se apossavam do que era

do povo a fim de satisfazer interesses individuais, que, de tão prejudiciais a população, beiravam ao sadismo.

Vislumbrando tal cenário, a atual Carta Magna, quando promulgada, ou seja, depois de amplo processo com participação popular, elencou que o Brasil seria instituído sob forma de governo Republicano, bem como que a Administração Pública seria regida por diversos princípios.

Por esse motivo, considerando que princípios são os fundamentos mais profundos que dão sentido e interpretação a norma, passe-se a fazer seu estudo detalhado, a fim de que a teleologia da licitação seja compreendida em sua plenitude.

3.3.1 Princípio da Legalidade

Talvez este seja o princípio basilar de toda atuação administrativa. Significa dizer que o agente público jamais deverá agir pautado em seus interesses e vontades pessoais, mas sim que atuará cingido ao que fora imposto pela Lei. Tal é a sua importância que além de ser o principal norte para a atuação administrativa, é, antes de tudo, uma segurança ao administrado que ficará resguardado de conduta arbitrárias e desviadas da finalidade pública (CARVALHO, 2017).

A sua aplicação prática no campo das licitações se dá no momento em que é exigido do administrador a aplicação do devido processo legal, devendo escolher a modalidade certa, com critérios objetivos, exigindo a apresentação dos requisitos de habilitação, enfim, seguindo todos os passos dos mandamentos legais.

3.3.2 Princípio da Moralidade e Impessoalidade

O primeiro passa a ideia de que o agente público deve agir pautado na ética, lealdade, honestidade e boa-fé. O segundo transmite a noção de que o administrador, enquanto sujeito vinculado ao Estado, age pautado nos fins de interesse público, pois apresenta o próprio Poder Público (CARVALHO, 2017).

Transportando tais sentimento ao âmbito da licitação, significa dizer que diante de situações em que a lei não tenha previsto um modo de agir, deve o servidor comporta-se de modo que melhor alcance a finalidade pública.

3.3.3 Princípio da Igualdade

Também denominado de isonomia, com origem do art. 5º da CF, indica que o Administrado, em todos seus atos, deve dispensar tratamento idêntico a todos que se encontrarem em mesma situação jurídica. Aplicada na licitação, significa dizer que todos os licitantes devem competir em igualdade de condições, sem nenhuma obtenção de vantagem que não seja estendida a todos os demais. Por isso, prazos para ciência, retificação de documentos, possibilidade de apresentar nova proposta devem ser iguais para todos.

Ainda mais interessante, está o caso apresentado por Carvalho Filho:

Corolário do princípio da igualdade é a vedação de se estabelecerem diferenças em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes, ou a proibição de tratamento diverso de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária entre empresas brasileiras e estrangeiras (art. 3o, § 1o, I e II, do Estatuto). Da mesma forma, é inconstitucional considerar como fatores de averiguação da proposta mais vantajosa os valores relativos aos impostos pagos ao ente federativo que realiza a licitação; tais fatores, obviamente, desfavorecem eventuais competidores locais e prejudicam sensivelmente os instalados em localidades diversas (2017, p. 186).

Merece destaque a parte inicial, tendo em vista que em muitos casos pode parecer “vantajoso” para administração restringir o número de concorrentes pela distância de suas sedes e possível competitividade de preços e produtos, sendo que, em verdade, casos como esse ocorre manifesta violação ao preceito da igualdade de condições.

3.3.4 Princípio da Publicidade

Em poucas palavras, a divulgação dos atos que exteriorizam a necessidade de a Administração Pública ter de adquirir bens ou serviços deve ser a maior

possível, valendo-se, aliás, dos meios de comunicação disponíveis (fator que tem revolucionado esse aspecto é o uso da internet) (CARVALHO FILHO, 2017).

O seu motivo é óbvio, quanto maior for a quantidade de pessoas com conhecimento do certame a ser realizado, maiores serão os números de participantes o que, por consequência, beneficiará o Poder Público na obtenção da proposta mais vantajosa, porquanto tenha sido majorado o grau de competitividade.

Na prática, pode-se mencionar, ainda, a exigência da publicação de avisos contendo resumo dos editais na imprensa (art. 21), bem como a previsão de audiência pública no caso de licitações com valores vultosos (art. 39).

3.3.5 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

A força vinculante ao instrumento convocatório (edital ou carta-convite) é uma garantia do administrador e dos administrados. Significa dizer que as regras traçadas no procedimento devem ser cumpridas a qualquer custo, sob pena de invalidação por vício formal cuja análise pode se dar em âmbito administrativo ou judicial.

Nas palavras de Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

O instrumento convocatório (edital ou carta convite) é a lei interna da licitação que deve ser respeitada pelo Poder Público e pelos licitantes. Segundo o art. 41 da Lei 8.666/1993, a “Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. Trata-se da aplicação específica do princípio da legalidade, razão pela qual a não observância das regras fixadas no instrumento convocatório acarretará a ilegalidade do certame (2015, p. 31)

É por meio dessa força que se evita alteração dos critérios do julgamento, falta de imparcialidade, moralidade, probidade administrativa ou ainda a possibilidade de margem para dispensa de documentos e fixação de preços fora dos limites anteriormente estabelecidos. Note-se, portanto, que esse fundamento constitui um verdadeiro axioma.

3.3.6 Princípio do Julgamento Objetivo

Em conjunto com o princípio supramencionado, esses dois são instituídos como as bases do procedimento licitatório (em um paralelo, seriam Princípio do Interesse Pública e da Indisponibilidade do Interesse Público se comparados no estudo da atuação administrativa).

Ele consiste na noção de que deverão haver, dentro do próprio edital de licitação, critério e fatores seletivos adotados e usados para o julgamento. É por meio dele que se evita surpresa para os participantes e formas de adulteração da competição, uma vez que qualquer subjetivismo é repellido do caso concreto.

Nesse sentido, como bem leciona Maria Sylvia:

Decorrência também do princípio da legalidade, está assente seu significado: o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com os critérios fixados no edital. E também está consagrado, de modo expresso, no artigo 45, em cujos termos o julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle. (DI PIETRO, 2017, p. 469)

Por isso, a título de exemplo, se no edital foi previsto o critério menor preço, não pode ser escolhida a melhor técnica ou vice e versa. Até mesmo para casos de empates, antes do uso de sorteio, conforme apregoa o artigo 3º, §2º, incisos II, III, IV e V, são estabelecidas as formas de resolver o imbróglio.

3.4 Disciplina Normativa

Diferentemente das Constituições anteriores, a atual se referiu expressamente à existência e à imprescindibilidade da licitação dentro do campo de atuação do Poder Público, estabelecendo para tanto em pelo menos dois momentos.

No artigo 22, XXVII, quando enuncia que a União possui competência privativa para legislar, nessas palavras:

Normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estado, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III.

No dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, a competência é privativa, visto que se aplica a todos os entes e não só à União:

Acentue-se que a Lei 8.666, conforme estabelecem seu art. 1º e parágrafo único, pretende ser impositiva não só para quaisquer Poderes da União, mas também para os dos Estados, Distrito Federal e Municípios, como se tudo que dela constasse tivesse o caráter de “normas gerais”. Esta pretensão, aparentemente alucinada aos olhos de quem tenha algum conhecimento jurídico, certamente vingará.⁶ Seu âmbito de regência abarca tanto a Administração direta quanto as autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 538).

E no artigo 37, XXI, que consagra o Princípio da Obrigatoriedade “as obras, serviços, compras, e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure a igualdade de condições a todos os concorrentes”.

Importante destacar que a partir desta última disposição que a Administração Pública ficou vedada de permitir que empresas pagassem seus débitos tributários por meio de dação em pagamento de matérias, isso porque de certa forma a entidade estaria adquirindo bens sem o devido processo licitatório (CARVALHO, 2017).

Ademais, consoante explicitado no começo, cabe a União editar regras gerais sobre licitação. Assim, após 5 anos do referido repasse de competência, foi editada a Lei n. 8666 (conhecida como Estatuto geral das licitações), e por meio dessa base infraconstitucional, atualmente, que as entidades federativas se valem para adquirir bens e serviços.

Repare que pelo motivo de a própria CF/88 estabelecer a competência privativa da União para criar regras gerais é que a Lei n. 8666/93 tem sido vista como norma nacional. Por isso, tanto os Estados, como os Municípios e o Distrito Federal devem observância obrigatória a todas limitações e imposição lá elencadas.

Com efeito, ainda que possam criar regras específicas, sempre deverão obediência aos casos de dispensa e inexigibilidade, limites de valores para cada modalidade (concorrência, tomada de preço e convite) e prazos para a efetivação da publicidade do certame e para os recursos (CARVALHO, 2017).

Ocorre que ainda que a Lei n. 8666/93 seja o Estatuto geral de licitações, hoje em dia existem diversos diplomas legais que regulam modalidades específicas de licitação (salienta-se que todas são perfeitamente aplicáveis já que não padecem de vício de competência na sua elaboração, bem como por critério de especialidades são capazes de afastar, pelo menos em parte, a aplicação da regra geral). Portanto, são elas: a Lei n. 10.520/02 (pregão), Lei n. 8.248/91 (bens e serviços de informática), Lei n. 12.232/10 (serviços prestados por agências de publicidade), Lei n. 12.462/11 (Regime Diferenciado de Contratação), Lei n. 13.019/14 (Parcerias Voluntárias) e a Lei n. 13.303/16 (regras específicas para a aquisição e compras realizadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias) (MARINELA, 2016).

Em que pese a relevância de todos diplomas citados, esse trabalho restringe-se ao estudo sistematizado da Lei n. 8666/93 e da Lei n. 8429/92, as quais são as necessárias para a compreensão do mecanismo de fracionamento.

3.5 Destinatários da Regra Geral de Licitação

Como bem visto acima, o artigo 37, XXI, da CF/88 (regra geral de licitação) se dirige a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, bem como as suas Autarquias, Fundações Públicas, Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas.

Todavia, adverte Rafael Carvalho Rezende de Oliveira:

O art. 1.º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 inclui, ainda, como destinatárias da regra da licitação as 'entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios'. De acordo com o art. 243, § 2.º, da Lei 6.404/1976 (Lei das S.A.), [...]considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores (OLIVEIRA, 2015, p. 52).

Portanto, hodiernamente, são destinatários da licitação os Entes da Administração direta, entidades da Administração indireta e as demais empresas controladas direta ou indiretamente pelo Estado (OLIVEIRA, 2015).

No que tange à Administração Pública direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) estará ela obrigada tanto a observar as regras da Lei n. 8666/93, como

também outras normas especiais que venham a ser editadas no âmbito daquela federação, pois como já dito, Lei Geral de Licitações tem aplicação nacional, mas aceita disposição concorrente que não a contrarie (OLIVEIRA, 2015).

Da mesma forma, o artigo 117 da Lei n. 8.666/93 menciona a sua amplitude aos Poderes Legislativo e Judiciário, bem como ao Tribunal de Contra. Por consequência, não há dúvidas que o Ministério Público também esteja sujeito (BANDEIRA DE MELLO, 2012).

Quanto às empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações estatais e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado vale advertir que o artigo 119 da Lei n. 8666/93 torna lícita a possibilidade de viram a ser criadas regulamentos próprios e compatíveis com a disposição geral.

E ainda, especificamente, sobre as empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica se torna oportuno destacar um ponto com maior aprofundamento. A aplicação destemperada da Regra Geral de Licitação para as estatais econômicas implicaria prejuízo ao próprio estado, pois veja.

Dentro do mercado pertencente a iniciativa privada, uma das maiores necessidades que se tem é a agilidade nos negócios. Em contrapartida, por mais que a licitação vise sempre a proposta mais vantajosa para o Poder Pública, a sua efetivação demanda tempo. Logo, se aplicasse-se esta regra indistintamente, todas estatais não suportariam conviver no mercado privado. Por isto, adverte Celso Antônio Bandeira de Mello:

Entretanto, será forçoso reconhecer que em inúmeros casos a licitação será incompatível com o normal cumprimento do escopo em vista do qual foram criadas. Ora, quem quer os fins não pode negar os indispensáveis meios. Logo, nestas hipóteses em que o procedimento licitatório inviabilizaria o desempenho das atividades específicas para as quais foi instituída a entidade entender-se-á inexigível a licitação. Isto ocorre quando suas aquisições ou alienações digam respeito ao desempenho de atos tipicamente comerciais, correspondentes ao próprio objetivo a que a pessoa está preposta e desde que tais atos demandem a agilidade, a rapidez, o procedimento expedito da vida negociai corrente, sem o que haveria comprometimento da boa realização de sua finalidade.

Fora destes casos, entretanto, o dever de licitar se impõe e evidente nas hipóteses em que a entidade apenas está adquirindo, montando, reformando ou alienando suas instalações ou equipamentos, sem que, em tais operações, haja interferência de qualquer peculiaridade relacionada

com as exigências da atividade negociai que lhe e pertinente (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 550)

Por esta razão, quando se exige a realização de licitação para essas empresas e sociedades é de importância ímpar que se faça uma distinção entre atividade-fim e atividade-meio. Aquelas seriam previstas no objeto social do ato constitutivo e que justificaram a sua instituição (OLIVEIRA 2015). Ao desempenhar essas atividades, as estatais concorrem diretamente com as demais empresas privadas, o que justifica a desnecessidade de licitação com o intuito de garantir a agilidade necessária das contratações.

Enquanto as empresas estatais prestadoras de serviços públicos seriam tratadas como as demais entidades da Administração Pública Direta e Indireta, submetendo-se à Lei 8.666/1993 e legislação correlata, as estatais econômicas estariam autorizadas a celebrar contratações diretas para exploração de suas atividades econômicas (atividades finalísticas), aplicando-se às demais contratações (atividades instrumentais) as normas de licitação existentes até o advento do regime próprio exigido pela Constituição (ex.: a Petrobras Distribuidora S.A. – BR não precisa realizar licitação para o transporte de combustíveis, tendo em vista tratar-se de desempenho de atividade-fim, mas a licitação é necessária para aquisição de material de almoxarifado).

A mencionada assimetria no tocante às licitações era justificada em razão da necessidade de maior celeridade na exploração das atividades econômicas, uma vez que as referidas estatais, ao contrário das demais entidades administrativas, concorrem com empresas privadas que, por sua vez, não se submetem às regras da licitação.

Em resumo, a distinção relativa ao objeto da estatal influencia decisivamente no respectivo regime licitatório. Enquanto a atividade econômica encontra-se submetida ao princípio da livre concorrência, a prestação do serviço público é de titularidade estatal (OLIVEIRA, 2018, p. 447).

Nesse sentido, sabe-se que embora a licitação seja regra geral para todos entes e entidades pertencentes de alguma forma ao Poder Público, as empresas estatais no âmbito da atividade fim estão desvinculadas desta regra.

Por fim, buscando não subverter essa exceção, ressalve-se que as atividades-meios continuam a se submeterem à sistemática do procedimento administrativo vinculado e, para fins de conceituação, leciona Rafael Carvalho Rezende Oliveira Rezende:

Atividades-meio são atividades instrumentais que não se relacionam diretamente com a finalidade da estatal. Nesse caso, as contratações deverão ser precedidas de licitação (Lei 8.666/1993), pois não existe risco à

concorrência com as empresas privadas. Exemplo: aquisição de material de almoxarifado (OLIVEIRA, 2015, p. 49)

3.6 Casos de Dispensa e Inexigibilidade

Se a licitação é a regra, dentro da própria legislação existem exceções. Inclusive, mesmo a lei específica dispendo sobre o tema, o art. 37, XXI, da CRFB/88 já expressava na sua parte inicial: “ressalvado os casos específicos na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação” (OLIVEIRA, 2015).

Por isso, em determinadas hipóteses, por autorização legal será possível a contratação de serviços e obras sem antes promover o procedimento licitatório. Tais casos ocorrem diante da inviabilidade de competição (inexigibilidade) ou pela inconveniência (situação inoportuna).

Diante dessa breve diferença entre hipóteses de contratação sem procedimento licitatório, afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável (DI PIETRO, 2017, p. 476)

Vale mencionar que, embora seja possível ou obrigatória a não realização de licitação, pode-se afirmar com toda exatidão que em quaisquer hipóteses será necessária a efetuação de um procedimento formal prévio, meio pelo qual é feita a apuração e comprovação das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade, com a devida motivação administrativa (OLIVEIRA, 2015).

Por isso, constitui atecnia o uso da menção “contratação direta”, tendo em vista que a expressão perpassa a ideia de um negócio jurídico semelhante daqueles praticados por particulares em que sumariamente ocorre o pagamento junto da tradição.

Atualmente, os casos de aquisição de bens ou serviços sem a obrigatoriedade de licitação podem ser dar por três formas distintas, a saber:

licitação dispensada (art. 17 da Lei n. 8.666/93), licitação dispensável (art. 24 da Lei n. 8.666/93) e inexigibilidade de licitação (art. 25 da Lei n. 8.666/93).

O artigo 17 trata da licitação dispensada (própria norma diz que não é para realizar licitação) se refere às hipóteses de alienação de bens imóveis ou móveis da Administração Pública. Portanto, tais situações fogem à regra em que seria necessário o uso da concorrência (imóveis) ou leilão (móveis).

De acordo com Ricardo Carvalho Rezende (2015, p.53) “a licitação dispensada apresenta três características básicas: rol taxativo; o objeto do contrato é restrito: alienação de bens; e ausência de discricionariedade do administrador, pois o próprio legislador dispensou previamente a licitação”

Ocorre que, como bem assinalado pelo autor em referência, a primeira característica deve ser lida com parcimônia:

Contudo, não seria incorreto sustentar que algumas das hipóteses do art. 24 da Lei 8.666/1993 admitem interpretação extensiva, sob pena de violação a alguns princípios constitucionais.¹⁰⁵ Exemplo: o art. 24, XXIV, da Lei 8.666/1993, que será objeto de análise específica adiante, autoriza a dispensa de licitação para “celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”. Esse caso de dispensa foi incluído pela Lei 9.648/1998, antes, portanto, da instituição das OSCIPs pela Lei 9.790/1999.

Pergunta-se: o Poder Público poderia dispensar a licitação para contratações com OSCIPs, nos moldes do art. 24, XXIV, da Lei 8.666/1993? Se a interpretação restritiva prevalecer, a resposta será negativa. Pensamos, no entanto, ser possível a interpretação extensiva, no caso, tendo em vista os princípios da isonomia e da razoabilidade, pois as OSCIPs possuem as mesmas finalidades das Organizações Sociais. (OLIVEIRA, 2015, p. 56).

Seguindo a linha de raciocínio, se a regra é a licitação, a exceção é a sua ausência. Se no momento a realização da transação o próprio ordenador de despesas verificar viabilidade de competição, embora a Lei dispense o uso de licitação, e, desejando o próprio administrador promover o certame, não há de se falar em ilegalidades.

Ora, não há lógica em punir o agente do estado por estar dando maior eminência a aplicação da lei. Em mesmo sentido expõe Marçal Justen Filho (2002, p. 235) “com razão, que o legislador, no art. 17, autorizou a contratação direta, mas

essa autorização não é vinculante para o administrador, que pode escolher entre realizar ou não a licitação.”

Por fim, quanto a essa hipótese de dispensa, note-se que a falta de imposição é apenas sobre o procedimento licitatório e, por isso, questões acessórias como fundamentação de interesse público justificado e avaliação prévia os objetos a serem alienados continuam sendo obrigatórios.

Em continuação, vem o artigo 24 trazendo as hipóteses de licitação dispensável, ou seja, embora fosse possível a promoção de competição, o legislador torna possível que não se realize (a intenção é empregar maior celeridade e eficiência). Afirma Celso Antônio Bandeira de Mello:

Em suma: sempre que se possa detectar uma indubitosa e objetiva contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica que incumba a Administração perseguir para bom cumprimento de seus misteres e a realização de certame licitatório, porque este frustraria o correto alcance do bem jurídico posto sob sua cura, ter-se-á de concluir que está ausente o pressuposto jurídico da licitação e, se esta não for dispensável com base em um dos incisos do art. 24, deverá ser havida como excluída com supedâneo no art. 25, caput (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 562)

Para Rafael Oliveira Rezende (2015) a dispensa de licitação possui duas características principais: rol taxativo, pois as hipóteses de dispensa são exceções à regra da licitação; e discricionariedade do administrador, uma vez que a dispensa depende da avaliação da conveniência e da oportunidade no caso concreto, sendo admitida a realização da licitação.

Cumprir advertir que, de toda sorte, o rol deve ser taxativo, uma vez que interpretações extensivas poderiam subverter a intenção do legislador, que é empregar eficiência em alguns casos, e não ensejar novos meios para fraudes.

Dentre inúmeras formas de dispensa admitida nos incisos do artigo 24, há uma que se relaciona exatamente com o ponto central deste trabalho, qual seja, a de valor reduzido. Em apertada síntese, vale explicar que a intenção do legislador, não fugindo da finalidade central, foi atender princípios da celeridade e economicidade.

O art. 24, I e II dispensa licitação nos casos em que o objeto do contrato seja de até 10% dos valores previstas na modalidade convite. Isso em termos práticos

equivale a R\$15.000,00 para obras e serviços de engenharia e R\$ 8.000,00 para serviços e compras.

Como afirma Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (2017, p.56) “o objetivo do legislador foi atender aos princípios da economicidade e da eficiência administrativa, evitando que os custos econômicos do processo de licitação ultrapassem os benefícios que serão alcançados com a futura contratação”.

Finalizando este tópico, como última modalidade de exceção à regra da licitação, existem os casos de inexigibilidade, conceituados pelo artigo 25 da Lei n. 8.666/93 que possui o seguinte teor: “é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição”.

Afirma Fernanda Marinela que para que seja constatada a real presença de motivos que ensejem a dispensa de licitação, devem ser observados a ausência de três pressupostos:

Pressuposto lógico

Este pressuposto exige a pluralidade de objetos e de ofertantes, pois, caso contrário, a competição não terá qualquer sentido e a licitação será inviável. Ocorrerá essa hipótese quando o objeto ou o serviço for singular e, ainda, quando se tratar de produtor ou fornecedor exclusivo.

Pressuposto jurídico

A licitação tem que ser um meio apto para a Administração perseguir o interesse público. Caso o procedimento coloque em risco esse interesse, ele será inviável, já que a licitação não pode prejudicar o que deve proteger. Ela não é um fim em si mesma, mas um meio, um instrumento para a proteção do interesse coletivo, não devendo jamais prejudicá-lo.

Pressuposto fático

Exige a presença de interessados no objeto da licitação. A inexistência de interessados para disputá-la, nos casos em que tal interesse não seja atrativo para o mercado, impede a realização da licitação.

Nessa hipótese, os possíveis prestadores do serviço almejado pela Administração simplesmente não se engajariam na disputa dele, em certame licitatório, inexistindo, pois, quem, com as aptidões necessárias, se dispusesse a disputar o objeto do certame. Por exemplo, a necessidade de contratação de um cirurgião cardíaco de alta qualificação para atendimento de necessidades emergenciais em hospital público com baixa remuneração (MARINELA, 2016, p. 493).

Vale ratificar que, bem ao início dos estudos, foi exposto que uma das finalidades centrais do certame é assegurar a melhor proposta, competitividade entre os concorrentes e igualdade de condições. Se não existe viabilidade de competição, falta também a finalidade central do instrumento de controle.

Sobre isso, afirma Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

Tecnicamente, é possível afirmar que a inexigibilidade não retrata propriamente uma exceção à regra da licitação, mas, sim, uma hipótese em que a regra sequer deve ser aplicada. Trata-se da não incidência da regra constitucional da licitação, em razão da ausência do seu pressuposto lógico: a competição (2015, p.72).

Portanto, partindo da ideia que a hipótese que enseja a inexigibilidade é, tão somente, a incapacidade de variedade de fornecedores, afim de que seja criado uma concorrência apta ser disputável, ao revés dos casos de licitação dispensada e dispensável, aqui as hipóteses são meramente exemplificativas. Entendimento não poderia ser outro, uma vez que a falta de competição vai depender a varias para cada situação fática. Por esta razão, o mesmo artigo 25, utiliza a expressão “em especial” antes de enumerar, exemplificativamente, alguns casos de inexigibilidade.

Para Carvalho Filho (2017), objetivado preservar o espirito da norma e fazer com o que o instituto de exceção não seja subvertido, o administrador terá que justificar a sua aplicação ao caso concreto, de forma não genérica e abstrata, como também comunicar em três dias à autoridade superior, devendo esta ratificar os atos no prazo de 5 dias. Por isso verifica-se que para a declaração de inexigibilidade não basta mera deliberação do agente com competência para contratar, devendo ele se adequar a norma e se reportar ao superior administrativo.

Encerrado o tópico, sem deixando margem para dúvidas, expõe-se rapidamente as causas de inexigibilidade. Primeira, fornecedor exclusivo. Significa dizer que a contratação de aquisição de bens ou serviços estarão restritas ao fornecimento por produtor, sociedade empresária ou representante exclusivo. Adverte-se que a *mens legis* se inclina para o lado de que é necessário a inexistência de distribuidores e não fornecedores, tendo em vista que, ainda que haja um fornecedor para todos distribuidores, entres estes pode existir algum grau de competição.

No que tango ao termo exclusivo, afirma Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

A “exclusividade” pode ser de duas espécies: a) absoluta: existe um fornecedor exclusivo no país; ou b) relativa: a exclusividade é auferida dentro da praça em que será realizada a licitação. Enquanto na exclusividade absoluta a licitação é sempre inexigível, na exclusividade relativa, a inexigibilidade depende da análise da praça comercial em que a contratação será realizada (2015, p. 73).

Segunda, serviço técnico especializado. Isto quer dizer que são todos aqueles serviços exemplificados e enumerados pelo artigo 13 da Lei n. 8.666/93, tais como: estudos, planejamento, perícias, patrocínio de causas etc.

Para Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2015), a característica de tecnicidade dentro do serviço é apenas um dos componentes aptos da implicarem inviabilidade de competição. A licitação foi criada para promover a igualdade, melhor aferição de preços e, sobretudo, competição, portanto, o serviço técnico precisa ser singular, ou seja, único.

Na lição de Marçal Justen Filho (2002, p. 251) “o serviço singular exige a conjugação de dois elementos: excepcionalidade da necessidade a ser satisfeita; e impossibilidade de sua execução por parte de um profissional especializado padrão”.

Por derradeiro, o último exemplo dado pela norma, elencado no inciso III do artigo 25 da Lei n. 8.666/93, trata-se da contratação de artistas, direta ou indiretamente, nesse caso devendo ser por meio de empresário exclusivo. Única ressalva que se faz, ainda que com certo grau de abstração, é que o contratado seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, como por exemplo, artistas como Gilberto Gil ou Caetano Veloso.

A justificativa para haver inexigibilidade nesse caso é muito simples, afirmar Rafael Carvalho Rezende (2015, p. 75) “é inviável estabelecer critérios objetivos para se selecionar o “melhor artista”, razão pela qual a escolha será sempre pautada por certos critérios subjetivos, tornando a licitação inviável”.

3.7 Modalidades de Licitação Formadas pelo Preço

Quando se discute sobre o tema de modalidades de licitação deve-se pensar qual será o rito adotado dentro do referido procedimento administrativo, ou seja, se haverá de ser mais complexo com prolongação de etapas ou se curto, sucinto e rápido a fim de que seja atendida uma necessidade mais trivial da Administração Pública.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella enumera as modalidades atualmente existentes:

A Lei no 8.666/93 prevê cinco modalidades de licitação, no artigo 2º: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão; nos cinco primeiros parágrafos contidos no dispositivo, define cada uma dessas modalidades; no § 8º, veda a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo. No entanto, pela Medida Provisória no 2.026, de 4-5-00, foi criado o **pregão** como nova modalidade de licitação, a ser utilizada exclusivamente pela União. A Lei no 10.520, de 17-7-02, em que se converteu aquela medida provisória, não repete a restrição que impedia a utilização do pregão por Estados, Distrito Federal e Municípios, razão pela qual todos os entes federativos podem utilizá-lo. Essa modalidade de licitação está disciplinada pela própria Lei no 10.520, porém, conforme o disposto em seu artigo 9º, aplicam-se subsidiariamente as normas da Lei no 8.666. A Lei no 12.462, de 4-8-11, instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC),²¹ aplicável apenas às licitações e contratos necessários à realização: I – dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); II – da Copa das Confederações da Fifa 2013 e Copa do Mundo 2014; e III – para as obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II. Em virtude de alterações posteriores, o mesmo Regime é aplicável também nas seguintes hipóteses: a) ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC (conforme Lei no 12.688, de 18-7-12); b) obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas de ensino público (nos termos da Lei no 12.722, de 20-10-12); com obras e serviços de engenharia celebrados no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS (conforme Lei no 12.745, de 19-12-12, conversão da Medida Provisória no 580, de 14-9-12); d) ações da Conab relacionadas a reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias destinadas à conservação de produtos agropecuários em ambiente natural (conforme Lei no 12.873, de 24-10-13); e) obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo (conforme Lei no 12.980, de 28-5-14). Ainda é prevista a aplicação subsidiária da lei do RDC nas licitações destinadas à concessão de porto organizado e ao arrendamento de instalação portuária (art. 66 da Lei de Portos, de no 12.815, de 5-6-13) (DI PIETRO, 2017, p. 492).

Ocorre que, embora se possa vislumbrar a existência de diversas modalidades de licitação que são empregadas para os mais diversos fins, como a finalidade deste trabalho é demonstrar a utilização de fracionamento (realização de mesmos procedimentos com valores divididos), ficaremos adstritos as modalidades vinculadas ao preço da contratação que são: concorrência, tomada de preços e convite.

3.7.1 Concorrência

Em síntese, essa é a modalidade considerada genérica, ou seja, qualquer contratação de obra ou serviço pode ser por meio dela. Verifica-se essa qualidade, uma vez que aqui são encontradas as maiores formalidades, extensões de etapas e

necessidade de ampla divulgação. Por isso, qualquer interessado está apto a participar (MARINELA, 2016).

Além das hipóteses em que a adoção de concorrência é obrigatória, independentemente do valor da contratação (como, por exemplo, nos casos de concessão de serviço público), aduz o artigo 23 que será exigível tal modalidade quando constatados que as obras e serviços de engenharia ultrapassam o valor de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) ou que os bens e demais serviços são superiores a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) (MARINELA, 2016).

3.7.2 Tomada de Preços

Pense-se que a concorrência é a modalidade mais complexa, com maior grau de publicidade e requisitos e, por outro lado, o convite for a categoria mais simples em que se busca a celeridade e, por isso, tem menores formalidades, bem como publicidade mitigada, chegamos a conclusão que a tomada de preços está no nível intermediário. Isto porque comporta valores de contratações medianos e requisitos na mesma linha de ideia (BANDEIRA DE MELLO, 2012).

A tomada de preços é a modalidade de licitação apropriada para compras e serviços no valor de até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) e para obras e serviços de engenharia no vulto de até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), consoante o disposto no artigo 23, incisos I e II. Observe-se que a tomada de preço possui seus valores no limite da configuração para a concorrência.

Além do fato relacionado ao preço, maior importância merece a alusão feita por Marçal Justen Filho (2016, p. 557) “nessa modalidade apenas podem participar os licitantes previamente cadastrados ou aqueles que preencham os requisitos de participação em prazo de até 48 horas antes da data prevista para a entrega das propostas”. Portanto, verifica-se a partir dessa espécie uma mitigação a possibilidade de participação, não existente até então da concorrência.

3.7.3 Convite

Por fim, chegamos ao convite, a modalidade mais simplificada em razão de seus valores. Conforme dispõe o artigo 23, incisos I e II, pode-se praticar o convite quando as obras e serviços de engenharia forem cotados até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) ou quando houverem compras e serviços no valor de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Por carregar consigo um caráter com maior simplicidade cuja finalidade é implicar maior rapidez para procedimentos baratos, a sua própria forma de publicidade é mais restrita, não exigindo esforços equivalentes aos daqueles vistos na concorrência.

Assim, a Administração Pública convocará pelo menos três pessoas que atuam no ramo pertinente ao objeto contratual, cadastradas ou não, bem como deverá afixar no átrio documento informando a realização de futuro procedimento licitatório para que, tão somente, os cadastrados possam manifestar em até 24 horas o interesse de participar.

Ocorre que, sobre esse último ponto, discorre Celso Antônio Bandeira de Mello:

Entendemos que mesmo os não cadastrados, simetricamente ao disposto em relação a tomada de preços, terão direito a disputar o convite se, tomando conhecimento dele, requererem o cadastramento no prazo estabelecido em relação aquela modalidade licitatória (três dias antes do recebimento das propostas) (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 571).

Em que pese considerações de doutrinas em sentido oposto, fazemos adesão ao entendimento supramencionado, pois, como será visto no capítulo a diante o uso dessa modalidade é comumente utilizado em gestões estaduais e municipais como meio para a manipulação de resultados, o que faz com que diversos objetos contratuais sejam fracionados até que seja possível o uso da referida categoria.

4 FRACIONAMENTO DE LICITAÇÃO

O fracionamento de licitações consiste, em regra, na divisão de um mesmo objeto contratual em diversas partes para que se torne possível a realização de vários procedimentos pequenos com requisitos simplificados, uma vez que quanto menor o vulto do negócio, menor também são as exigências procedimentais.

Importante para os estudos é a identificação da existência dicotômica entre fracionamento do objeto e execução parcelada do contrato, afim de que não existam dúvidas ao longo a dissertação.

No primeiro caso, a Administração divide o objeto contratual em várias partes e todos eles estão voltados para uma única necessidade pública (geralmente, as frações são operadas concomitantemente). No segundo, o objeto contratual é único e a sua execução é feita por meio de parcelamento e organização, ou seja, divide-se o serviço em etapas que serão cumpridos dentro de um cronograma (JUSTEN FILHO, 2012).

Pois bem, inicialmente cumpre destacar dois pontos: por um lado, sendo mais fácil de participar do certame, maior será a competitividade gerada, tendo em vista a ampliação do aspecto democrático da disputa, por outra direção, porém, tal fracionamento não pode ser apto a ferir a modalidade impelida se um todo único fosse a licitação.

Nesse sentido, os precedentes do TCU:

6. Da leitura do § 1º do art. 23, extrai-se a compreensão de que o parcelamento se impõe com vistas ao melhor aproveitamento das peculiaridades e recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade. É, portanto, um instrumento de que se deve valer o ente contratante para trazer à competição empresas dos segmentos de mercado aptos a operar com cada uma das parcelas que compõem o objeto licitado. A consequência natural é a ampliação da disputa e, como regra, a contratação por preços mais vantajosos.

7. Não se trata, no entanto, de regra absoluta, devendo o parcelamento efetivar-se quando for técnica e economicamente viável (Acórdão n. 3.155/2011, Plenário, rel. Min. José Jorge).

12. Da leitura do § 1º do art. 23, extrai-se a compreensão de que o parcelamento é um instrumento de que se deve valer o ente contratante para trazer competição à empresas dos segmentos de mercado aptos a operar com cada uma de suas parcelas que compõem o objeto licitado. Nas situações em que o objeto abarca um único segmento de mercado, a finalidade do parcelamento é permitir que empresas desse segmento, conquanto não tenham condições de fazer frente ao objeto em toda sua

integralidade, possam atender a demanda de menores, resultantes de sua divisão em parcelas. Em ambas as hipóteses, a consequência natural é a ampliação da disputa e, como regra, a contratação por preços mais vantajosos (Acórdão n. 1.151/2011, 2ª C., rel. Min. José Jorge).

Em complemento, expõe Marçal Justen Filho:

Os requisitos de habilitação serão menos severos, porque a dimensão econômica e a complexidade técnica de cada lote serão inferiores. Como decorrência, será maior o número de particulares em condição de competir. Um tema bastante interessante é a escolha da modalidade cabível de licitação em caso de fracionamento. Tem sido usual reputar-se que o valor de contratações sucessivas, com o objeto similar, deve ser somado para a determinação da modalidade licitatória cabível. A questão exige aprofundamento.

Os §§ 2º, in fine, e 5º do art. 23 devem ser interpretados conjuntamente. Determinam que a pluralidade de licitações, embora acarretando a redução da dimensão do objeto licitado, não podem conduzir à modificação de licitação. Seguindo o mesmo princípio, a Lei veda o fracionamento que o produza dispensa de licitação fundada em preço inferior ao limite mínimo (art. 24, incs. I e II) (JUSTEN FILHO, 2012, p.314).

Portanto, verifica-se que, sob a égide de uma interpretação sistemática de artigos, é possível o fracionamento de licitações, a qual advirá de necessidades específicas da Administração Pública. No entanto, tal manobra deverá respeitar limites, que, por ora, podem ser observadas pelo menos duas: a não modificação da modalidade original e o não uso da circunstância para operações com fundamento na compra de valor em limite mínimo (10% do convite).

Com efeito, o fracionamento em si não configura *prima facie* ilegalidade a ser retaliada por órgãos de controle. O que se proíbe é a utilização do fracionamento como meio de escolha do regime aplicável à licitação (JUSTEN FILHO, 2012).

Por exemplo, quotidianamente, no âmbito do Ministério Público Estadual são interpostas ações em face de Prefeitos e Secretários Municipais, pois, por meio de inquéritos civis, é descoberto que o ordenador de despesas optou por promover diversas licitações na modalidade convite, afim de que fosse possível a manipulação de resultado, já que naquela espécie que a própria Administração Pública pode convidar pelo menos três fornecedores de sua escolha. A partir disso, passa-se a formar conluíus entre agentes políticos e empresários, momento em que são feitos acordos recíprocos em proveito estritamente particular. É nesse ponto que reside o efeito deletério do fracionamento, o qual, diga-se de passagem, torna-se danoso por má-fé direta dos agentes políticos.

Essa orientação foi consagrada, de modo indireto, pelo próprio TCU, em publicação oficial. Asseverou que “é vedado o fracionamento de despesas para a adoção de dispensa de licitação ou modalidade de licitação menos rigorosa que determina para a totalidade do valor do objeto a ser licitado. Lembre-se: fracionamento refere-se a despesa. A explícita ressalva final destina-se a destacar que o problema fundamental não se relaciona propriamente com o fracionamento da contratação, mas com a invocação desse fracionamento como fundamento para evitar a licitação ou para aplicar a modalidade adequada (JUSTEN FILHO, 2012, p. 314).

Levando isso em conta, uma das questões levantadas quando se estuda o tema de fracionamento é o seguinte: em quais casos o fracionamento é indevido e maculado pela má-fé e em quais momentos a respectiva ocorrência é apenas um fruto de conduta destituída de diligência no exercício da função administrativa?

Atualmente, partindo do pressuposto que a resposta para a pergunta só seria dada por quem participa do próprio estado anímico do ordenador de despesas, a praxe tem levado ao seguinte parâmetro: configura o fracionamento indevido nas hipóteses em que a Administração Pública pratica variadas contratações com objetos análogos ou idênticos, ao longo de um período de tempo determinado que era possível obtenção do mínimo de previsibilidade sobre o futuro (JUSTEN FILHO, 2012).

Tal questão carrega maior aplicabilidade quando o assunto se volta a necessidade de aquisição de materiais de consumo. Isto porque partindo do princípio de que são consumíveis os bens cujo uso importa destruição imediata da própria substância da coisa, a sua compra respeita uma trajetória cíclica.

Nesse sentido, “tem-se entendido que o art. 23 obriga a considerar todas as contratações que serão realizadas ao longo do exercício orçamentário, dimensionando o cabimento e a modalidade licitatória aplicável em face do somatório global” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 315).

Ratifica-se ainda por meio do acórdão do TCU exarado nos autos n. 1.084/2007:

Acórdão n.º 1.084/2007 Plenário Realize o planejamento prévio dos gastos anuais, de modo a evitar o fracionamento de despesas de mesma natureza, observando que o valor limite para as modalidades licitatórias é cumulativo ao longo do exercício financeiro, a fim de não extrapolar os limites estabelecidos nos artigos 23, § 2º, e 24, inciso II, da Lei nº 8.666/1993. Adote a modalidade adequada de acordo com os arts. 23 e 24 da Lei nº 8.666/1993, c/c o art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, de modo a evitar

que a eventual prorrogação do contrato administrativo dela decorrente resulte em valor total superior ao permitido para a modalidade utilizada, tendo em vista a jurisprudência do Tribunal

Tal cognição merece todas as considerações. Ora, para que qualquer pessoa assuma o encargo de administrar a coisa pública, deve ela possuir certo grau de competência técnica para lidar com questões envolvendo gestão e controle. Se a coisa privada é tratada com zelo, maior diligência deve receber a coisa pública, uma vez que se tratam de bens pertencentes a toda população. Inclusive, é esse valor que a Lei n. 8.429/92 carrega em sua *mens legis*.

Em sequência, Marçal Justen Filho desenvolve:

Seria o dever de prever todas as contratações de objeto semelhante, necessárias ao longo do exercício. Então, não seria possível produzir uma espécie de “fracionamento involuntário”, derivado antes de atuação culposa do que de uma decisão consciente e determinada. O assim chamado “fracionamento involuntário” ocorreria quando se olvidassem as necessidades públicas futuras e se tomasse em vista apenas o momento presente imediato. Difundiu-se o entendimento de que todos os objetos idênticos devem ser considerados em sua globalidade, para fins de determinação do cabimento e da modalidade adequada de licitação. Têm-se ido mais longe, inclusive para sustentar que os objetos “similares” estariam sujeitos a idêntica sistemática. Deveriam considerar, por exemplo, não apenas o quantitativo de lápis, mas também de canetas, réguas, cadernos e semelhantes. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 315)

Logo, o fracionamento involuntário determinando na mudança de modalidade ou uso de dispensa por valor mínimo, seja lá qual for a sua motivação (como, por exemplo, falta de planejamento na aquisição de bens consumíveis), configurará, decerto, violação as normas cogentes do procedimento licitatório cuja imposição seja para a adoção do modelo cabível se único fosse o certame.

Ocorre que tendo sido transgredidas tais normas, não haverá de se cogitar a existência de mera irregularidade procedimental sujeita à ratificação. Sendo a Lei de Licitação uma diretriz de ordem pública e verdadeiro norteador da atuação administrativa, incorrerá o agente público, imediatamente, nas hipóteses de improbidade administrativa.

Isto porque, como bem estudado no Capítulo 1, a improbidade administrativa abarca situações voltadas à violação de princípios e até outras mais severas relacionadas com lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito. Assim,

vejamos, o enquadramento o agente público em cada categoria delituosa variará das circunstâncias pessoais que levaram ao fracionamento irregular.

Se originado de mera incapacidade técnica, pode-se imputar a violação dos princípios norteadores da Administração Pública (honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições). Todavia, se verificada a presença de indícios de fracionamento com finalidade de barganha e enriquecimento sem causa, conseqüentemente, será o malfeitor incriminado na forma do art. 9º da Lei 8.429/92, que tem suas sanções (as mais severas) expostas no art. 12, inciso I da mesma Lei.

Em continuação, expõe o § 5º que é necessário englobar todas as parcelas que estejam materialmente vinculadas a um mesmo objeto, por se entender como um conjunto harmônico de bens. Se algum bem ou serviço for considerado integrante de um todo, deverá ele estar integrado a licitação principal. Por isso, “os incisos I e II do art. 24 consagram a hipótese de que só será possível o uso do caso de dispensa quando as contratações ‘não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço’ (JUSTEN FILHO, 2012, p. 317).

E, ainda, também se aplica a ideia acima aos bens e serviços que, embora sejam materialmente distintos e não possam ser considerados como partícula integrante do conjunto harmônico, tenham de ser executados no mesmo local da licitação principal, ostentem natureza semelhante e possam ser realizados conjunta e concomitantemente. Isso é a própria dicção da segunda parte do § 5º combinado com o artigo 24, inciso I (JUSTEN FILHO, 2012). Assim, por exemplo, se dentro de uma obra, existem diversos materiais a serem comprados, e apesar de muitos não estarem dentro da mesma espécie, são elementos que se complementam e aplicados em um mesmo contexto fático, motivo pelo qual a sua somatória deve ser feita para o cálculo da modalidade de licitação.

No que tange a essa somatória de valores, há uma exceção. Quando houver uma parcela do serviço que se encampe de “natureza específica”, ainda que integrante no produto final. Tão somente nessa hipótese o valor específico poderá ser apartado da soma principal, sem que isso configure fracionamento ou eventual fraude.

A compreensão da ressalva é muito simples no âmbito de objetos complexos, que envolvem conjugação de diferentes atividades e a colaboração de especialistas. Assim, por exemplo, pode-se contratar um especialista para diagnosticar o problema de uma máquina e tal será diverso da atividade de promover o conserto – ainda que a atividade de diagnóstico possa envolver algumas atividades necessárias e preliminares (tais como desmontagem de equipamento etc.). Essa ressalva deriva da própria razão de ser do somatório: não se somam objetos de contratações independentes, executáveis autonomamente, que envolvem desempenho de profissões e atividades distintas. Assim, o contrato de prestação de serviços médicos não abrange fisioterapia, por exemplo. Em todos os casos, deve supor-se que a mera possibilidade de um sujeito realizar diferentes objetos não obriga a Administração a realizar o somatório. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 318)

Diante de tal problemática, vale também inteirar o seguinte: a equação dos requisitos de objetos de mesma natureza, mesmo local de execução e realização de forma conjunta ou concomitante não deve levar a uma interpretação extensiva que algumas doutrinas têm feito com uma inferência de que as somas dos objetos deveriam ser também feitas quando houvesse prestação por um mesmo fornecedor (JUSTEN FILHO, 2012).

Primeiramente, essa norma de contenção não se encontra prevista no bojo do estatuto, mas se trata sim de uma inferência originada a partir do próprio § 5º (lembremo-nos que regras restritivas possuem interpretação restritiva, portanto, não cabendo analogia ou ampliações de sua cognição).

Ainda que por mera aplicação de interpretação cheguemos a conclusão de ser inviável, há também de se constatar o seu defeito lógico:

O que a lei determina é que objetos de mesma natureza, a ser executados no mesmo local de e de modo conjunto e concomitantemente sejam considerados como um todo, exceto se sua execução envolver especialização. Isso não significa que todas as prestações que possam ser executadas pelo mesmo sujeito devam ser consideradas de modo conjunto. A possibilidade de ser executado pelo mesmo sujeito apenas apresenta relevância quando estiverem presentes os demais pressupostos legais: objetos semelhantes, executados no mesmo local, do modo concomitante ou conjunto.

Aliás, a interpretação coloca a Administração em situação de absoluta insegurança, já que os particulares podem organizar-se livremente para determinar a extensão de seu comércio. Assim, um supermercado comercializa desde gêneros alimentícios até pneus de veículos. Há empresário que atuam no setor de informática e ofertam 'hardware' e software', enquanto outros são mais especializados. Há lojas que vendem tanto motores de barco como bolas de futebol. Se a Administração for indagar se diferentes objetos podem ser ofertados por um mesmo empresário, nunca terá uma resposta segura e definida, porque isso é uma

mera circunstância à disposição do arbítrio privado (JUSTEN FILHO, 2012, p. 319).

Dentro desse assunto em que se discute sobre a existência ou não de fracionamento ou quais itens devem ser englobados na soma para a classificação da modalidade da licitação, uma advertência, na verdade, diferenciação, deve ser feita. Objeto contratual não se relaciona com classificação orçamentária e, por consequência, essa classificação de uma não interfere na modalidade futuramente adotada.

Quando se engloba certas despesas em uma mesma rubrica orçamentária, o fundamento reside na necessidade de sistematização de despesas, o fato está muito mais ligado um critério de diretriz econômico-financeira do que com algo de atuação administrativa. Justifica-se isso só de pensar que se a premissa fosse falsa, diversos serviços autônomos de engenharia precisariam passar pelo crivo da concorrência apenas por estarem em um mesmo conjunto que abrange serviços de obras vultosos. O resultado não seria só despropositado, como também acarretaria prejuízos a eficiência da Administração Pública (JUSTEN FILHO, 2012).

Assim sendo, até esse momento do estudo, podemos então fazer a seguinte síntese do que já fora descoberto, vejamos:

- a. O fracionamento por si só não configura fraude;
- b. Se a Administração Pública optar por realizar tal manobra, deve aplicar a modalidade equivalente a somatória de todas contratações;
- c. Por vezes, o fracionamento traz benefícios, pois, com a promoção de certames com valores mais acessíveis, torna-se possível que uma maior cartela de fornecedores participe da disputa, o que gera propostas mais vantajosas;
- d. Em hipótese alguma, a divisão deve dar azo para contratações com fundamento no valor mínimo (10% do convite);
- e. O uso de modalidade incorreta originado de um fracionamento involuntário (falta de planejamento no âmbito da administração) implica

configuração de improbidade administrativa, ainda que inexista dolo ou má-fé;

- f. Salvo os casos de natureza especial, os serviços similares, executados no mesmo local, de forma conjunta ou concomitante, devem ter os seus valores somados em um todo unitário;
- g. A regra o item “f” não se estende para os casos de vários serviços e bens advindos de um mesmo fornecedor, pois existe uma diferenciação entre mesmo objeto contratual análogo e mesmo agente provedor;
- h. Rubrica orçamentária não se confunde com unidade de contratação, enquanto a reserva de orçamento está no plano financeiro é serve como diretriz de despesas para o Governo, os contratos são transações fáticas com aglomerações feitas de acordo com o contexto e a circunstância.

Em continuação, há de se reconhecer que, algumas vezes, por mais que o órgão de gestão aja pautado com planejamento e diligência, situação imprevisíveis venham a suceder. Isto é, no momento da aquisição não era possível prever determinada situação que provocasse certo aumento de demanda.

Diante desses casos, existem duas posições: soma-se o valor do contrato atual com aquele já findo e aplica-se a modalidade resultante da soma ou considera os dois negócios jurídicos como compras autônomas.

Conforme defende Marçal Justen Filho, a segunda medida parece ser mais razoável. Por uma questão de dedução lógica, a primeira alternativa carece de precisão, pois, em resumo, se adotarmos a modalidade resultante do somatório global, necessariamente essa modalidade deve ter aplicação em ambos contratos, já que formam uma coisa só, todavia, como o primeira já estará concluído, não restaria outra saída senão declará-lo nulo.

Um exemplo prático permite compreender o raciocínio. Suponha-se uma compra de material de expediente no valor de R\$ 76.000,00, que é realizada (de modo irregular inquestionável) na modalidade convite. Posteriormente, apura-se a necessidade de realizar compras adicionais no

valor de R\$ 7.000,00. Somando-se o valor dos contratos, tem-se R\$ 83.000,00 – e o valor global conduziria à necessidade de tomada de preços. Ora, afirmar que a compra superveniente deverá ser praticada sob essa modalidade não resolve o problema da primeira compra. Só se defende que o contrato de R\$ 7.000,00 deva ser realizado mediante tomada de preços porque houve um outro contrato anterior. Mas esse já foi realizado (e validamente) através de convite. Se for obrigatório somar o valor dos dois contratos, acabar-se-á por concluir que o primeiro contrato foi nulo, porque deveria ter sido adotada uma tomada de preços! Ou seja, o somatório teria de desembocar em duas tomadas de preço, nunca em um convite e em uma tomada de preço (JUSTEN FILHO, 2012, p. 320)

De todo modo, o posicionamento do TCU é de receio perante casos de fracionamento e dispensa “atingido o limite legalmente fixado para dispensa de licitação, as demais contratações para serviços de mesma natureza deverão observar a obrigatoriedade da realização de certame licitatório” (Acórdão n. 73/2003, 2ª C. rel. Min Guilherme Palmeira). Ao nosso entendimento, isso é razoável, trata-se de mera retaliação para casos manifestamente temerários.

Vale inteirar que são apenas posicionamentos complementares, uma vez que a primeira premissa discorre sobre questões imprevisíveis e a segunda sobre o uso reiterado de dispensa com base no valor mínimo, o que, objetivamente, faz configurar má-fé e fraude.

Superada o envolvimento com contratos imprevisíveis, pergunta-se agora o que fazer diante de contratações supervenientes previsíveis (além das sanções criminais, administrativas e civis cabíveis).

Em poucas palavras, resolve Marçal Justen Filho:

Evidenciada a escolha da modalidade inadequada de licitação (ou mesmo, praticada contratação direta indevidamente), a contratação é nula e deverá ser punido o agente administrativo responsável, inclusive criminalmente, se for o caso. O particular deverá ser indenizado por perdas e danos, nos termos dos arts. 49 e 59. É óbvio que a Administração não poderá invocar o defeito na própria atuação para manter em seu poder a prestação executada pelo particular, sem realizar qualquer contrapartida (JUSTEN FILHO, 2012, p. 321).

Portanto, chegamos a conclusão de que sempre que o fracionamento levar ao descumprimento injustificado da Lei n. 8666/93, independentemente de ter sido movido por ato voluntário, haverá a configuração de conduta ilícita.

Casos evitados por tentativas reiteradas de compras com fundamento no limite mínimo de 10% do valor da modalidade convite, por manipulação no resultado dos

vencedores a partir da escolha indireta realizada via convite ou por qualquer outro motivo configurarão atos de improbidade administrativa, uma vez que os arts. 9º, 10, 10-A e 11 da Lei n. 8.429/92 trazem conceitos e exemplos perfeitamente aplicáveis aos casos comentados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como finalidade central expor alguns dos aspectos do fracionamento de licitação, tendo em vista que é um instituto pouco abordado em obras teóricas e, todavia, carrega grande utilidade prática para aqueles que atuam em órgãos públicos voltados para a atividade de aquisição de bens e serviços ou até mesmo no combate preventivo e repressivo ante o cometimento de ilegalidades.

Como se pode observar, antes mesmo de entender como a manobra tem seu desenvolvimento no dia a dia, foi preciso estudar assuntos relacionados como a improbidade administrativa e a própria licitação, em pelo menos nos seus aspectos básicos.

Vale relembrar que, atualmente, a Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) tem ganhado grande enfoque no âmbito do combate contra agentes públicos e políticos, cuja atuação se dá preponderantemente por força da má-fé. Isto porque, além de possuir amplo grau de espectro, as suas tipificações englobam atos de enriquecimento ilícito, violação dos princípios norteadores da Administração Pública, bem como os de lesão ao erário (sendo este último, inclusive, aplicado para condutas dolosas ou culposas).

Ao seu lado, a Lei n. 8.666/93 (conhecida como Estatuto da Licitação) tem sido o principal alicerce no regulamento do modo procedimental para a aquisição de bens ou serviços, bem como e na formalização de eventuais contratos administrativos.

Minudenciando a análise, já dentro do estudo dos princípios da licitação, foi verificado que como pilar existe o chamado “obrigatoriedade para licitar”, ou seja, via de regra, a licitação deve ser promovida em todos os casos que se deseje fazer uma aquisição ou até mesmo alienação. Como exceção, existem aqueles casos de dispensa e inexigibilidade.

Ou seja, o escopo central foi demonstrar que, embora seja aceito o uso do fracionamento, até mesmo porque em alguns casos ele se torna inevitável (por imperativo legal ou circunstâncias fora do campo de controle e previsibilidade dos

gestores e ordenadores de despesa), na prática tem havido certa utilização dolosa e prava.

Tem sido comum em administrações municipais e estaduais que agentes políticos fracionem um mesmo objeto ao ponto que seja possível a manipulação da modalidade exigível ou, então, a promoção da compra direta, por meio do uso de dispensa com fulcro no valor mínimo (10% da modalidade convite). Sem dúvidas, articulações como essas são feitas em proveito pessoal do gestor mediante desígnios e acordos recíprocos entre os fornecedores. É a partir de situações como essas que nascem casos de superfaturamento e desvio de verbas públicas.

Levando tudo isso em conta, de forma breve, foi mostrado que o fracionamento de licitação pode ser sim um instrumento benéfico e causa de aumento da competitividade e obtenção de preços mais vantajosos. A problemática realmente circunda casos em que existe um dolo prévio para praticar o mal.

Nesses momentos, além de outras responsabilidades aplicáveis, serão impelidas aquelas constantes na Lei de Improbidade Administrativa, já que o gestor movido pela conduta antiética e malfeitora é justamente a figura de repressão ventilada na norma.

Por tudo exposto, conclui-se que seja no universo das Leis, como no da doutrina e jurisprudência, ainda que de forma não exaustiva, existem mecanismos jurídicos aptos da prevenirem e punirem situações de fraudes por meio de fracionamento de licitações (medidas que vão da perda da função pública até a aplicação de Leis Penais – não objeto de discussão). Mas o que reverterá, de fato, o cenário atual serão as pessoas que assumem a responsabilidade de ter trato direto com a coisa pública, bem como a atuação efetiva dos órgãos de controle e repressão como, por exemplo, Tribunais de Contas e o Ministério Público cuja atuação se dará em diversas vezes em cooperação com o Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 8666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Data de Acesso: 16 de outubro de 2018

BRASIL. **Lei 8429**, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm Data de Acesso: 16 de outubro de 2018.

BEJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Ministro do Superior Tribunal de Justiça da Segunda Turma, DF. Acórdão. União. Processo n. 1.155.992 – PA (2009/0171665-6). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19138736/recurso-especial-resp-1155992-pa-2009-0171665-6/inteiro-teor-19138737> Data de Acesso: 16 de outubro de 2018.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 25ª Edição. São Paulo: Método, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 9.ed. São Paulo: Dialética, 2012.

JORGE, José. Ministro do Tribunal de Contas da União, DF. Acórdão. Processo n. 020.477/2009-9. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1151%2520ANOACORDAO%253A2011/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/3/false> Data de Acesso: 21 de outubro de 2018

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINELA, Fernanda. **DIREITO ADMINISTRATIVO**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Licitações e Contratos Administrativos**. 4.ed. Rio de Janeiro: Método, 2015.

PALMEIRA, Guilherme. Ministro do Tribunal de Contas da União, DF. Acórdão. Processo n. 004.960/2000-6. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A73%2520ANOACORDAO%253A2003/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false> Data de Acesso: 21 de outubro de 2018.

VILAÇA, Marcos Vinícios. Ministro do Tribunal de Contas da União, DF. Acórdão. Processo n. 016.973/2004-0. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1084%2520ANOACORDAO%253A2007/DTRELEVANCIA%2520des>

<c%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false> Data de Acesso: 21 de outubro de 2018